

## OS DEREITOS SINDICAIS DOS TRABALLADORES ESTRANXEIROS

**José Fernando Lousada Arochena**

Maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza (Sala do Social)

### SUMARIO

- I. **OS DEREITOS SINDICAIS DOS TRABALLADORES NON COMUNITARIOS:** A) **NORMATIVA REGULADORA.** B) **ANÁLISE DOS DISTINTOS DEREITOS SINDICAIS:** 1. A liberdade de fundación de sindicatos. 2. A liberdade de afiliación a sindicatos: a) As dúbidas de constitucionalidade das restricións lexislativas. b) A transcendencia xurídica das restricións lexislativas. 3. O dereito de folga. 4. A representación unitaria dos traballadores. 5. A asemblea de traballadores.
- II. **OS DEREITOS SINDICAIS DOS TRABALLADORES COMUNITARIOS**
- III. **O DESPRAZAMENTO DE TRABALLADORES A ESPAÑA NO MARCO DUNHA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL**
- IV. **A GARANTÍA XUDICIAL DOS DEREITOS SINDICAIS DOS TRABALLADORES ESTRANXEIROS**

### I. OS DEREITOS SINDICAIS DOS TRABALLADORES NON COMUNITARIOS

#### A) **NORMATIVA REGULADORA**

A Lei Orgánica 7/1985, de 1 de xullo -en adiante, a LOEx/1985- establecía, no seu artigo 10, que *"recoñécese ós traballadores estranxeiros que se atopen legalmente en España o dereito a afiliarse libremente ó sindicato ou organización profesional españois da súa elección e o dereito de folga que exercerán, nas mesmas condicións que os traballadores españois, de acordo co disposto nas respectivas leis reguladoras"*. Aínda que o Defensor do Pobo interpuxo recurso de inconstitucionalidade contra a LOEx/1985, e este resolveuse na STCo 115/1987, de 7.6, nin aquel recurso nin en consecuencia esta sentenza

aludían á norma transcrita, de onde, aínda que condicionaba os dereitos de afiliación sindical e de folga á estadía ou á residencia legal, debemos considerar a crenza da súa constitucionalidade.

Polo contrario, a Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, establecía, no seu artigo 11, que *"os traballadores estranxeiros que se atopen en España terán dereito a sindicarse libremente ou a afiliarse a unha organización profesional nas mesmas condicións que os traballadores españois, de acordo coas leis que os regulen"* -apartado 1-, e que *"de igual modo, recoñécese ós traballadores estranxeiros o dereito de folga"* -apartado 2-.

A Lei Orgánica 8/2000, de 22 de decembro, reformadora da Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro -en adiante, a LOEx/2000-, establece, no seu artigo 11, que *"os estranxeiros terán dereito a sindicarse libremente ou a afiliarse a unha organización profesional nas mesmas condicións que os traballadores españois, que poderán exercer cando teñan autorización de estadía ou residencia en España"* -apartado 1-, e que *"de igual modo, cando estean autorizados a traballar, poderán exercer-lo dereito de folga"* -apartado 2-. Prodúcese así un camiño de ida e volta: o exercicio da afiliación sindical vincúlase á estadía ou residencia legal e a folga á autorización para traballar.

A diferenza do acaecido co artigo 10 da LOEx/1985, o artigo 11 da LOEx/2000 si foi obxecto de recurso de constitucionalidade, aínda que non foi aínda resolto polo Tribunal Constitucional, de aí que, sen perxuicio de especifica-los argumentos a favor e en contra da constitucionalidade das limitacións impostas ós dereitos colectivos dos traballadores estranxeiros, o estudo desa norma farase considerando a plenitude da súa vixencia. Polo demais, esta norma ostenta un carácter orgánico -D.F. 1ª da LOEx/2000-.

As referencias normativas ós dereitos sindicais dos traballadores estranxeiros complétanse, ademais de con esta norma de carácter orgánico, co disposto no artigo 69.2.II do Estatuto dos Traballadores -en adiante, o ET-, onde establécese que *"os traballadores estranxeiros poderán ser electores e elixibles (ós efectos da elección de delegados de persoal e de membros do comité de empresa) cando reúnan as condicións a que se refire o parágrafo anterior"*, condicións referidas ós traballadores españois.

## B) ANÁLISE DOS DISTINTOS DEREITOS SINDICAIS

### 1. A LIBERDADE DE FUNDACIÓN DE SINDICATOS

Nin o artigo 10 da LOEx/1985 nin o artigo 11 da LOEx/2000 aluden á liberdade sindical de fundación de sindicatos, ou, nos termos do artigo 2.1.a) da Lei Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Liberdade Sindical -en adiante, a LOLS- *"o dereito a fundar sindicatos sen autorización previa"*, que, conforme se establece no artigo 28.1 da CE, e seguindo a normativa internacional aplicable -o artigo 23.4 da Declaración Universal de Dereitos Humanos, o artigo 22.1 do Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos, o artigo 8 do Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais, o artigo 2 do Convenio 87 da OIT, o artigo 11 do Convenio Europeo de Dereitos Humanos e o artigo 5 da Carta Social Europea- é un dereito comprendido no dereito á liberdade sindical.

Tal silencio normativo xerou bastantes discrepancias doutriniais, e, neste sentido, uns alíñanse na tese prohibitiva e outros na permisiva.

1º. Unha primeira corrente doutrinal deduce a prohibición da literalidade da norma -e, en especial, da literalidade do antigo artigo 10 da LOEx/1985, onde se aludía ó

"dereito de afiliarse libremente ó sindicato ou organización profesional españois da súa elección", aínda que dubida da súa constitucionalidade, afirmando, despois de lembralos criterios da STCo 115/1987, de 7.6, que *"o xuízo acerca da posible inconstitucionalidade da exclusión dos traballadores do dereito a fundar sindicatos -que forma parte do contido esencial da liberdade sindical, segundo o artigo 28.1 (da CE)-, queda remitido a se o dereito de liberdade sindical é daqueles que son imprescindibles para a garantía da dignidade humana", e, nesta liña, arguméntase que "o Convenio 87 OIT refire a liberdade sindical ós traballadores sen ningunha distinción ... e o artigo 28.1 CE recoñece o dereito á liberdade sindical a todos, coas únicas excepcións que o propio artigo contempla e entre as que non se atopan os estranxeiros"*.

Vixente o artigo 11 da LOEx/2000, resumíronse os argumentos en contra da constitucionalidade da exclusión nos seguintes termos<sup>2</sup>:

a) *"O dereito a fundar sindicatos é imprescindible para a garantía da dignidade humana, tal como se conforma polo artigo 10.1 CE, sempre sen perder de vista que forma parte, xunto con outros, do contido esencial da liberdade sindical -artigo 28.1 CE ... (e) 2.1.a) da LOLIS-"*.

b) *"O presente dereito recoñécenllo (os Tratados Internacionais) a toda persoa e/ou traballador ... sen atender á súa situación e/ou nacionalidade"*.

c) *"O artigo 28.1 da CE tampouco establece ese tipo de distincións cando sinala que todos teñen dereito a sindicarse libremente (e) aínda que ... artigo 13.1, ó regular as liberdades públicas de que gozan os estranxeiros, remite ós termos en que se establezan polos tratados e a lei, os primeiros son inequívocos á hora de recoñecer este dereito na súa plenitude"*.

2º. Unha segunda corrente doutrinal non só admite a prohibición senón que ademais a considera plenamente constitucional, xa que, ó mante-lo carácter intermedio do dereito de sindicación entre o dereito de asociación -recoñecido ós estranxeiros- e a participación política -denegada ós estranxeiros-, enténdese lóxico recoñecer-lo dereito dos estranxeiros a afiliarse a sindicatos -aspecto próximo ó dereito de asociación- e denega-lo seu dereito a fundar sindicatos -aspecto próximo á participación política-, en canto *"o recoñecemento desta liberdade suporía a institucionalización dun vteiro para a participación colectiva dos non nacionais nos asuntos públicos"*<sup>3</sup>.

3º. Unha terceira corrente doutrinal considera a solución permisiva, xa que, aínda que, no artigo 11 da LOEx/2000, constátase *"a ausencia de mención da posibilidade de fundar sindicatos por parte dos estranxeiros"*, de aí non se deriva a prohibición, senón a existencia dunha lagoa a encher atendendo á consideración deste dereito como *"indiscutible dende o momento no que tanto a configuración constitucional como a que emana dos tratados internacionais comprende ámbalas dúas vertentes da liberdade sindical"*, aínda que matizándose de seguido que a posibilidade de que *"os traballadores estranxeiros poidan fundar sindicatos formados exclusivamente por estranxeiros para a defensa dos seus intereses ... queda descartada, posto que ... o exercicio da liberdade sindical en*

1 Tomás Sala Franco e Ignacio Albiol Montesinos, "Derecho Sindical", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, páxinas 71 e 72. Opinións reiteradas nas edicións posteriores deste moi coñecido manual didáctico.

2 José Luis Asenjo Pinilla, "Trabajadores extranjeros no comunitarios: derechos laborales y sindicales", dentro do libro colectivo "Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social", Cuadernos de Derecho Judicial, IX, CGPJ, Madrid, 2001, páxinas 261 a 264.

3 José María Espinar Vicente, "Comentarios a la nueva Ley de extranjería", Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2001, páxina 31.

*iguais condicións que os traballadores españois non podería nunca establecer discriminacións con respecto ós traballadores nacionais en orde a afiliarse a un sindicato de traballadores estranxeiros*<sup>4</sup>.

Cuns argumentos semellantes afirmouse doutrinalmente que, *"aínda que a LO 4/2000, nin na redacción orixinal, nin na efectuada pola LO 8/2000, se refire expressis verbis ó dereito dos traballadores estranxeiros a fundar sindicatos, permite a interpretación ... (de) que o dereito a constituír sindicatos forma parte ... do contido da liberdade sindical reconecida ó estranxeiro. En cambio ... confrontaría coa Constitución a fundación dun sindicato formado exclusivamente por estranxeiros, xa que elo suporía unha discriminación contra dos traballadores españois, do mesmo xeito que, á inversa, tamén a suporía a esixencia, como requisito para a afiliación, da nacionalidade española*<sup>5</sup>.

Tamén se ten argumentado a tese permisiva destacando a eliminación, no artigo 11 da LOEx/2000, do adxectivo *"españois"* recollido no artigo 10 da LOEx/1985, e afirmando que *"o ánimo do lexislador da (LOEx/1985) ... era o de proscribi-la fundación de sindicatos especificamente adicados á defensa dos intereses singulares dos traballadores estranxeiros, conforme ó mesmo criterio con que prohibe no artigo 3 da LOLS a formación de sindicatos que teñan precisamente por obxecto a tutela dos seus intereses singulares, sen perxucio da súa capacidade para constituír asociacións ó amparo da lexislación específica, ós traballadores xubilados, desempregados ou por conta propia"*, de modo que *"a eliminación deste requisito ... e o criterio xeral que proscribe a interpretación restrictiva dos dereitos fundamentais impide considerar subsistente a limitación imposta a este respecto por ... a Lei anterior*<sup>6</sup>.

Á vista das anteriores correntes doutriniais, a tese permisiva, aparte de abeira-las dúbidas de constitucionalidade a través de unha interpretación conforme á Constitución, atopa uns sólidos argumentos hermenéuticos -entre eles, a configuración normativa da liberdade sindical, a ausencia de limitación legal expresa e a eliminación do adxectivo *"españois"*-, debendo engadirse que, atendendo á ausencia de distingos adicionais con relación a se a finalidade do sindicato é soamente a defensa dos intereses dos traballadores estranxeiros, ditos distingos non se deben de introducir, aínda que si sería discriminatorio impedi-la afiliación dos traballadores españois. Indubidablemente, os promotores e os dirixentes do sindicato deberanse de atopar en situación de regularidade ós efectos do depósito dos estatutos do sindicato -artigo 4 da LOLS-.

## 2. A LIBERDADE DE AFILIACIÓN A SINDICATOS

**a) As dúbidas de constitucionalidade das restricións lexislativas.** Mentres no artigo 10 da LOEx/1985, limitábase a titularidade da libre sindicación ós *"traballadores estranxeiros que se atopan legalmente en España"*, e no artigo 11 da LOEx/2000, na redacción da Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, non se limitaba nin a súa titularidade nin se limitaba o seu exercicio, a Lei Orgánica 8/2000, de 22 de decembro, dando á norma unha nova redacción, mantén a ausencia de límites na titularidade, aínda que limita o seu exercicio a *"cando teñan autorización de estadía ou residencia en España"*.

4 Elena Pérez Martín, "Los derechos de los extranjeros en España: el derecho al trabajo y las libertades políticas conexas, el derecho de sindicación y el de huelga", Revista del Poder Judicial, número 68, páxinas 58 e 59.

5 Manuel Aznar López, "Los derechos sociales de los extranjeros en España", no libro colectivo "Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería", Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPX, Madrid, 2001, páxina 163.

6 Diego Ñiguez Hernández, dentro do libro colectivo, coordinado por Pablo Santaolaya Machetti, "Comentarios a la Ley de Extranjería", Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, páxina 99.

As restriccións do artigo 11 da LOEx/2000, aparte críticas sobre a súa conveniencia porque *"a imposibilidade de participación sindical ou de utilizar un instrumento fundamental de mellora das condicións de traballo afonda un risco de explotación inhumana e marxinalidade"*, cuestionáronse na súa constitucionalidade en diversos recursos -no do Grupo Socialista do Congreso e nos das Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Illas Baleares, Castela-A Mancha, Estremadura e País Vasco-.

Sen embargo, no Dictame 2606/2000 do Consello de Estado, sobre o Anteproxecto de Lei Orgánica de Reforma da Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, xustificáronse as restriccións lexislativas porque *"tales dereitos de liberdade baixo a Lei (os recollidos no artigo 11) non poden corresponder nin exercerse por quen se coloca á marxe da propia legalidade"*.

Dito isto, os argumentos en contra da constitucionalidade da limitación da norma desenvolvéronse nos seguintes termos<sup>8</sup>:

a) *"A sindicación en tódalas súas facetas é unha manifestación do dereito de asociación (artigo 22.1 CE) ... (a STCo 115/1987) indica que unha cousa é, en efecto, autorizar diferenzas de tratamento entre españois e estranxeiros, e outra é entender esa autorización como unha posibilidade de legislar ó respecto sen ter en conta os mandados constitucionais, o que le leva a concluír que a (LOEx/1985) ... establecía un requisito incompatible coa garantía de asociación recoñecida ... tamén para os estranxeiros"*.

b) *"O dereito constitucional de asociación ten outra faceta tamén interesante ós efectos que nos ocupan ... supón a superación do recelo con que o Estado liberal contemplou o fenómeno asociativo ... de aí que, na súa vertente positiva, garanta a posibilidade dos individuos de unirse para o acadamento de tódalas fins da vida humana (SSTCo 67/1985, de 24.5)"*.

c) *"O máis contradictorio .. é o distingo ... entre ser titular dun dereito ... (e) a posibilidade do seu exercicio ... dicotomía que hai que mirar cun maior recelo por tratarse o afectado dun dereito fundamental ... (e que) na práctica conleva o baleiramento do mesmo ... a posibilidade de veda-lo seu exercicio condicónao de tal maneira que o pretendido dereito muda de natureza e non pode ser recoñecido como tal (STCo 115/1987) ... descoñécese o contido esencial cando o dereito queda sometido a limitacións que o fan impracticable, dificultano alén do razoable ou despóxano da necesaria protección (STCo 11/1981, de 8.4)"*.

Polo contrario, os argumentos a favor da constitucionalidade da limitación da norma desenvolvéronse nos seguintes termos<sup>9</sup>:

a) *"É a propia CE a que no seu artigo 13.1 precisa que os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garante o Título I CE nos termos que establezan os tratados e a lei, o que non significa ... que os estranxeiros gozarán só de aqueles dereitos e liberdades que establezan os tratados e as leis senón que o disfrute dos mesmos poderá temperarse en canto ó seu contido ós que determinen os tratados internacionais e a lei interna española (STCo 99/1985, de 30.9)"*.

7 Diego Íñiguez Hernández, "Comentarios ...", obra citada, páxina 97.

8 José Luis Asenjo Pinilla, "Trabajadores extranjeros no comunitarios ...", obra citada, páxinas 268 a 270.

9 José Luján Alcaraz, "La reforma de la Ley de extranjería", Aranzadi Social, Tomo V, 2000, páxinas 352 a 354, aínda que, despois das súa exposición, reconece como certo *"que todo o peso das diferentes argumentacións recae sobre un presuposto que quizais non estea suficientemente asentado"*, e é a incardinación da liberdade sindical entre os dereitos susceptibles de limitación legal, á diferenza dos esenciais á condición humana.

b) *"A posibilidade de establecer restriccións ó exercicio das liberdades públicas en interese da seguridade nacional, a seguridade pública ou a orde pública, ou para protexe-la saúde ou a moral públicas ou os dereitos e liberdades dos demais, está autorizada no Convenio de Roma e no Pacto Internacional de Dereitos Civís e Políticos"*.

c) *"A distinción entre titularidade e exercicio dun dereito non é nova e, salvo que se trate daqueles dereitos vinculados indisolublemente á dignidade humana, constitucionalmente posible; probas delo son os artigos 28.1 e 127.1 CE no que se refire ás limitacións do dereito de liberdade sindical dos membros das Forzas Armadas e dos Institutos armados de carácter militar, e dos Xuíces, Maxistrados e Fiscais"*.

**b) A transcendencia xurídica das restriccións legislativas.** Se o traballador estranxeiro é regular será tratado como español, e, se solicita a súa afiliación a un concreto sindicato, a súa solicitude non pode ser rexeitada a causa da súa condición de estranxeiro. Afiliado ó sindicato, ostentará *"o dereito ... a elixir libremente ós seus representantes dentro de cada sindicato"* e *"o dereito á actividade sindical"* -artigo 2.1.c) e d) da LOLS-, con tódalas súas garantías, e, tomando un exemplo dos mais típicos, se é vítima dun despedimento antisindical, a súa cualificación é a nulidade con obrigatoria readmisión.

Se o traballador estranxeiro é irregular, o sindicato pode rexeita-la súa solicitude de afiliación, aínda que pode non rexeitala, sendo *"francamente dubidoso que poida derivarse consecuencia algunha xuridicamente relevante do que resultaría un indubidable incumprimento legal, xa sexa para o estranxeiro que decida afiliarse pese á súa situación irregular ou para o sindicato que o acolla", aparte de que "unha investigación ... que pretendera determina-la nacionalidade dos afiliados a un sindicato e a regularidade da estadia dos non españois"* comprometería importantes principios constitucionais<sup>10</sup>.

Resulta consecuente que, se un sindicato admite afiliar a un irregular, lle recoñeza, no ámbito de funcionamento interno, a totalidade dos dereitos de calquera afiliado, e, entre eles, *"o dereito ... a elixir libremente ós seus representantes dentro de cada sindicato"* -artigo 2.1.c) da LOLS-.

Agora ben, aínda que o traballador irregular obteña unha afiliación sindical, é mais dubidoso que ostente os dereitos de acción sindical, coas súas garantías correspondentes, fronte ó empresario, existindo ó efecto dúas interpretacións:

1ª. Unha interpretación afirmativa dos dereitos de acción sindical, coas súas garantías correspondentes, fronte ó empresario, poderíase sustentar no artigo 36.3 da LOEx/2000, a tenor do cal *"a carencia da correspondente autorización por parte do empregador, sen perxucio das responsabilidades a que dea lugar, non invalidará o contrato de traballo respecto dos dereitos do traballador estranxeiro"*. Sen embargo, o alcance exacto desta norma legislativa é unha cuestión aínda pendente dunha acabada aplicación xudicial<sup>11</sup>. Partindo dalgunha aplicación xudicial excluínte, nos despedimentos improcedentes, da opción de readmisión ó obrigar ó empresario a un incumprimento legal, e

10 Diego Íñiguez Hernández, "Comentarios ...", obra citada, páxina 98.

11 Véxanse os recentes estudos doutriniais de Ana María Orellana Cano, "Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros", Base de Datos de Actualidad Laboral -en adiante BD de Ó-, Referencia I, 2003, de Margarita Tamborini-Castellani Aznar, "Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002", BD de Ó, Referencia IX, 2003, e de María Amparo Ballester Pastor, "Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 e 30 de mayo de 2002", BD de Ó, Referencia XXVI, 2003.

partindo da ampliación da exclusión, como apuntou algunha doutrina<sup>12</sup>, ós despedimentos nulos, deberíamos concluír, aparte a equiparación dos efectos da nulidade e da improcedencia do despedimento antisindical dun estranxeiro irregular -nunca sería procedente ó carecer dunha xusta causa-, a transcendental diferenza de efectos xurídicos entre o despedimento antisindical dun estranxeiro regular e o despedimento antisindical dun estranxeiro irregular. Aplicación xudicial que, convén dicilo, supuxo un grande avance respecto doutras anteriores e que, a pesares de todo, non equipara ós estranxeiros irregulares cos regulares.

2ª. Unha interpretación negativa dos dereitos de acción sindical, coas súas garantías correspondentes, fronte ó empresario, atopa un argumento, dende a lóxica da norma legal, bastante importante: se se exclúe o exercicio da liberdade sindical dun estranxeiro irregular, a actuación do empresario non sería antisindical. Outro argumento, extraído da xurisprudencia estadounidense, sería, con relación a un suposto onde se dilucidaba un despedimento antisindical, a imposible protección do traballador infractor das normas de inmigración<sup>13</sup>. Pero un despedimento antisindical nunca sería procedente ó carecer dunha xusta causa, de onde a súa cualificación de improcedente nos sitúa nunhas coordenadas xurídicas similares ás derivadas da aplicación, nos termos expostos, do artigo 36.3 da LOEx/2000. Onde si xurde elementos diferenciais bastante claros é con relación a outras garantías da acción sindical, como a audiencia do representante sindical en despedimentos e sancións de traballadores afiliados -artigo 10.3.3º da LOLS-, que, segundo se interpreten os artigos 11 e 36.3 da LOEx/2000, será necesaria ou non cando de estranxeiros irregulares se trate.

Polo tanto, a opción legislativa acollida no artigo 11 da LOEx/2000, e aínda coas correccións do artigo 36.3 da LOEx/2000, non nos parece irrelevante, dende o punto de vista xurídico, aínda que os sindicatos, como publicamente manifestaron, continúen afiliando estranxeiros irregulares, sen perxucio, naturalmente, de que, entre estes e os regulares, a distancia se poida aumentar ou diminuír segundo cáles sexan as interpretacións das normas.

### 3. O DEREITO DE FOLGA

A diferenza dos seus antecedentes, a Lei Orgánica 8/2000, de 22 de decembro, introduce, con relación ó exercicio do dereito de folga, unha condición adicional aparte da estadía ou residencia legal, e é a de que *"os estranxeiros ... estean autorizados a traballar"* -apartado 2 do artigo 11-. Condición adicional xeradora de novas discusións doutrinarias ó redor da súa constitucionalidade, aportándose argumentos a favor e en contra coincidentes cos mais arriba expostos con relación á liberdade de afiliación a sindicatos. Por un lado, algúns consideran a súa constitucionalidade, e ademais a súa lóxica porque *"o dereito á folga non se entende senón de alguén que se atopa traballando e para estar traballando ... é preceptivo contar cunha autorización previa"*<sup>14</sup>. Mentres, outros, despois de dudar da súa constitucionalidade, afirman a súa inconveniencia porque *"unha característica consubstancial a este dereito ... é que en ocasións pretende acabar con situacións abusivas do empregador, as cales prodúcense con maior frecuencia en supostos en que o traballador é considerado irregular"*<sup>15</sup>.

12 María Amparo Ballester Pastor, "Las consecuencias del despido...", obra citada, páxina 6 de 8.

13 Gómez Abelleira, "El Derecho do Trabajo cotiza a la baja: Una importante decisión norteamericana sobre Derecho del Trabajo e inmigración ilegal", Relaciones Laborales, número 17, 2002.

14 Elena Pérez Martín, "Los derechos de los extranjeros ...", obra citada, páxinas 56 a 58.

15 José Luis Aseño Pinilla, "Trabajadores extranjeros no comunitarios ...", obra citada, páxinas 278 a 282.

A transcendencia xurídica das restricións lexislativas atópase matizada atendendo ás peculiaridades do dereito de folga, que é de exercicio colectivo, de onde, como apuntou a doutrina científica, *"deducir que a participación dun estranxeiro sen autorización para traballar converte en ilegal unha folga contraviría o dereito á folga de quen non padeceran esta limitación"*. Se a folga mantén a súa legalidade con relación ós demais folguistas, mantena con relación ó traballador estranxeiro irregular: a súa participación na folga serao nunha folga legal a tódolos seus efectos, e, entre eles o de non poder ser despedido, e se o fose, o seu despedimento sería improcedente -aínda que non sería nulo ó excluír o exercicio do dereito de folga-. Outra solución sería *"difícilmente admisible por razóns de coherencia xurídica, por ... a función social deste dereito no desenvolvemento do Estado Social, e pola medida en que toda desigualdade inxustificada repugna no ordenamento constitucional español"*<sup>16</sup>. Ó noso xuízo, non é posible outra solución nin sequera forzando a interpretación do artigo 11 da LOEx/2000.

Probablemente, a transcendencia xurídica buscada polo lexislador coas restricións do artigo 11 da LOEx/2000 non é impedi-la participación de estranxeiros irregulares en folgas legais, senón impedir ós estranxeiros irregulares convocar folgas en defensa dos seus intereses laborais: unha folga de ilegais sería unha folga ilegal. En todo caso, o apoio real dos sindicatos ós estranxeiros irregulares -convocando ó efecto folgas de solidariedade- permitiríalles obviar, na práctica laboral, o alcance de ditas restricións.

#### 4. A REPRESENTACIÓN UNITARIA DOS TRABALLADORES

Aínda que o ET establecía, na súa inicial redacción, que *"os traballadores estranxeiros poderán ser electores en todo caso, pero para ser elixidos terase en conta o principio de reciprocidade de trato cos españois no país respectivo"*, a Lei 32/1984, de 2 de agosto, ó establecer que *"os traballadores estranxeiros poderán ser electores e elixibles (ós efectos da elección de delegados de persoal e de membros do comité de empresa) cando reúnan as condicións a que se refire o parágrafo anterior"* -o actual artigo 69.2.II-, instaurou un principio de igualdade absoluto nunca variado dende entón.

Os comentaristas da reforma valorárona positivamente *"ó impor un principio mais democrático por riba de consideracións políticas"*, destacando como era a pauta seguida no dereito francés, que, en 1972, eliminou as condicións de nacionalidade, aínda que esixía *"expresarse en francés"*, condición despois eliminada en 1982. Igual supresión na lexislación alemana<sup>17</sup>.

Unha análise da norma, onde se contén unha alusión xenérica ós *"traballadores estranxeiros"*, lévanos a admiti-la capacidade de elector e elixible de ditos traballadores *"sen establecer distinción algunha entre os autorizados e aqueles que carecen dese requisito, diferenciación á que reiteradamente se acude pola LO 8/2000, cando así se quere establecer"*<sup>18</sup>.

Polo que, se un traballador irregular é excluído do censo electoral como elector ou se lle nega a capacidade de ser elixible, está lexitimado para reclamar perante a mesa electoral -artigo 73 do ET-, a través do procedemento arbitral -artigo 76 do ET-, e na vía xudicial -artigos 127 a 136 da LPL-.

16 As dúas citas son de Diego Íñiguez Hernández, "Comentarios ...", obra citada, páxina 100.

17 Joaquín Covas López e Jesús Maeztu Gregorio de Tejada, "Elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa", dentro do libro colectivo, coordinado por Miguel Rodríguez-Piñero e Bravo-Ferrer, "Comentarios a la nueva legislación laboral", Editorial Tecnos, Madrid, 1985, páxinas 195 e 196.

18 José Luis Asenjo Pinilla, "Trabajadores extranjeros no comunitarios ...", obra citada, páxina 274.



Se un traballador estranxeiro a consecuencia do non cómputo do tempo en situación de irregularidade non acada a antigüidade na empresa necesaria para ser elector ou elixible -artigo 69.2.I do ET-, asimesmo pode reclamar solicitando ese cómputo e, ex artigo 69.2.II do ET, débesele de conceder.

De resultares elixido un irregular coma representante unitario do persoal, a eficacia das garantías no exercicio da súa función -artigo 68 do ET-, dependen do alcance da interpretación do artigo 36.3 da LOEx/2000.

### 5. A ASEMBLEA DE TRABALLADORES

Habida conta da ausencia de referencias, na LOEx/2000 -como na LOEx/1985-, á asemblea de traballadores, e da ausencia, nos artigos 77 a 80 do ET, dalgunha limitación especial respecto ós traballadores estranxeiros, son evidentes os seus dereitos con respecto á asemblea en idénticos termos ós traballadores españois, aínda atopándose en situación de irregularidade<sup>19</sup>.

## II. OS DEREITOS SINDICAIS DOS TRABALLADORES COMUNITARIOS

No artigo 8 do Regulamento 1612/68/CEE do Consello, de 15 de outubro de 1968, relativo á libre circulación de traballadores dentro da Comunidade Europea, establécese (1) que *"o traballador nacional dun Estado membro, empregado no territorio doutro Estado membro, beneficiarase da igualdade de trato en relación coa afiliación a organizacións sindicais e o exercicio dos dereitos sindicais, incluíndo o dereito de voto e o acceso ós postos de administración ou de dirección dunha organización sindical"*, (2) que *"poderá ser excluído de participar na xestión de organismos de dereito público e do exercicio dunha función de dereito público"*, e (3) que *"ademais, beneficiarase do dereito de elixibilidade ós órganos de representación dos traballadores na empresa"*. Unha única reforma tivo esta norma, e foi no Regulamento 312/76/CEE do Consello, de 14 de febreiro de 1976, coa finalidade de reconece-lo acceso ós postos de administración e ós postos de dirección dunha organización sindical, derogando ademais un parágrafo onde se dicía que *"estas disposicións non irán en detrimento das lexislacións ou regulamentacións que, en determinados Estados membros, concedan dereitos mais amplos ós traballadores procedentes doutros Estados membros"*.

Se o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas mantén unha interpretación extensiva do principio de igualdade entre traballadores nacionais e traballadores comunitarios, unha interpretación *"non economicista do principio, isto é (unha interpretación) en clave social"*<sup>20</sup>, elo manifestouse así mesmo con respecto á interpretación do artigo 8 do referido Regulamento, debendo recollese dúas sentencias moi interesantes en relación coa súa interpretación:

- Unha, a de 17.12.80, Comisión contra Bélxica, interpreta a posibilidade de exclusión de participación na xestión de organismos de dereito público e do exercicio dunha función de dereito público unicamente se as funcións a exercer polo traballador emigrante implican o exercicio do poder público e a protección dos intereses xerais do Estado ou das colectividade locais.

19 José Luis Asenjo Pinilla, "Trabajadores extranjeros no comunitarios ...", obra citada, páxinas 275 e 276.

20 Tomadas estas expresións de Miguel Colina Robledo, Juan Manuel Ramírez Martínez e Tomás Sala Franco, "Derecho Social Comunitario", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, páxina 122.

- Outra, a de 18.5.94, Comisión contra Luxemburgo, considera contrario á normativa comunitaria a exclusión dos traballadores non luxemburgueses do dereito de sufraxio activo e pasivo con ocasión de eleccións convocadas no seno das Cámaras Profesionais de Luxemburgo.

Por outro lado, a Sentencia de 28.10.1975, Asunto Rutili, declarou que *"a reserva de orde público, en virtude da cal se poden impor restricións á libre circulación das persoas, non pode ser invocada polos Estados membros por motivos relativos ó exercicio dos dereitos sindicais"*.

O exposto a nivel normativo e xudicial, supón un amplo recoñecemento de dereitos sindicais a favor dos traballadores comunitarios, que, na súa aplicación interna, lévanos a incluír, salvo as excepcións recollidas e interpretadas restrictivamente, a totalidade deses dereitos, e entre outros, aínda que non se citen expresamente, o de fundación de sindicatos -aínda que os traballadores comunitarios promotores do sindicato non poderían excluí-la afiliación de traballadores nacionais ou doutros comunitarios- e o de folga<sup>21</sup>.

Algunhas dificultades presentan, na súa aplicación interna, as excepcións recollidas na norma comunitaria. Poderían concretarse na participación institucional dos sindicatos en determinados organismos -como as Entidades Xestoras da Seguridade Social- ou en órganos consultivos sociais -coma o Consello Económico e Social<sup>22</sup>. Sen embargo, os exemplos son algo dúbidosos, en especial o primeiro, á vista da STXCE de 17.12.80, mais arriba citada. O noso dereito non establece actualmente ningunha limitación de nacionalidade.

### III. O DESPRAZAMENTO DE TRABALLADORES A ESPAÑA NO MARCO DUNHA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL

Coa finalidade de transposición da Directiva 96/71/CE do Consello, de 16 de decembro de 1996, relativa ó desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servicios, a Lei 45/1999, de 29 de novembro, sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servicios transnacional<sup>23</sup>, *"ten por obxecto establece-las condicións mínimas de traballo que os empresarios deben garantir ós seus traballadores desprazados temporalmente a España no marco dunha prestación de servicios transnacional, calquera que sexa a lexislación aplicable ó contrato de traballo"* -artigo 1.1-, debendo destacarse en canto ó ámbito de aplicación da norma e sen aludir a aspectos de menor relevancia ós efectos do estudio, a súa aplicación ás *"empresas establecidas nun Estado membro da Unión Europea ou nun Estado signatario do Acordo sobre o Espacio Económico Europeo"* -artigo 1.2- e ás *"empresas establecidas en Estados distintos ... na medida en que tales empresas poidan prestar servicios en España en virtude do establecido nos Convenios internacionais que sexan de aplicación"* -D.A. 4ª-, definíndose ó traballador desprazado sen relevancia da súa nacionalidade, *"calquera que sexa a súa nacionalidade"* -artigo 2.1.2º-.

21 Inclusiones ámbalas dúas admitidas, co matiz en canto á fundación de sindicatos, por Jesús Rentero Jover, "Traballadores comunitarios: Derechos laborales y sindicais", no citado libro colectivo "Derecho Internacional Privado. Traballadores extranxeros. Aspectos sindicais, laborales y de Seguridade Social", páxinas 343 e 344.

22 Ámbolos dous exemplos apúntaos Jesús Rentero Jover, "Traballadores comunitarios ...", obra citada, páxina 342.

23 Estudie estas normas en "La liberdade comunitaria de circulación de los traballadores y la lexislación aplicable al contrato de traballo", dentro do libro colectivo "Liberdade de circulación de traballadores. Aspectos laborales y de seguridade social comunitarios. Presente y futuro", Cuadernos de Derecho Judicial, VII, CGPJ, Madrid, 2002.

Pois ben, dentro do seu ámbito de aplicación, a Lei 45/1999, de 29 de novembro, garante a aplicación do principio de territorialidade a determinadas condicións de traballo, as do seu artigo 3, onde se alude, na letra h) do seu apartado 1, á "*libre sindicación e os dereitos de folga e de reunión*", debéndose destacar que, na Directiva 96/71/CE do Consello, de 16 de decembro de 1996, non se alude á materia sindical, aínda que, no seu artigo 3.10, establécese que "*a presente Directiva non impedirá que os Estados membros, de conformidade coas disposicións do Tratado, impoñan ás empresas nacionais e ás empresas doutros Estados por igual condicións de traballo e emprego referidas a materias distintas das enumeradas ... na medida en que se trate de disposicións de orde pública*", e, indubidablemente, a materia sindical é, en España, de orde pública constitucional -artigo 28 da CE-.

O exposto determina, sen perxuício da lexislación aplicable ó contrato de traballo, o recoñecemento ós traballadores desprazados dos dereitos de libre sindicación, folga e reunión nos termos recoñecidos na lexislación española. Algunhas aclaracións sobre estes dereitos aparentan necesarias.

En canto ó dereito á libre sindicación, a expresión apunta á liberdade de afiliación a sindicatos, tanto na súa vertente de libre sindicación como na súa vertente de libre non sindicación, e incluída a acción sindical -ó extremo de terse valorado a extensión das garantías da lexislación española fronte as condutas antisindicais coma o aspecto mais relevante da referencia á libre sindicación<sup>24</sup>-, aínda que non apunta esa expresión á liberdade de fundación de sindicatos, sendo certamente difícil imaxinala constitución de sindicatos -na súa mesma definición, organizacións estables- por traballadores desprazados temporalmente no marco dunha prestación de servizos transnacional.

En canto ó dereito de folga, o carácter xenérico da expresión lexislativa inclúe a totalidade dos aspectos do dereito, tanto o dereito a convocar unha folga en defensa dos seus intereses e o dereito a adherirse a outra folga convocada en territorio español, sempre dentro dos termos legais, coma o dereito a non sufrir mingua algunha na súa relación laboral, derivado do sistema de "*folga dereito*" instaurado no noso ordenamento xurídico<sup>25</sup>.

En canto ó dereito de reunión, a expresión comprende o relativo á asemblea de traballadores na súa regulación estatutaria -artigos 77 a 80 do ET-, o cal supón unha remisión total, sen establecer especificacións tendentes a garanti-la efectividade do dereito, como obrigar á empresa cliente radicada en España a prestar, a estes efectos, o seu propio centro de traballo -a empresa que despraza os seus traballadores a España non soe contar cun centro de traballo en España-, ou flexibiliza-las normas sobre lexitimación para convocar, ou sobre presidencia da asemblea -é moi difícil o seu cumprimento, salvo se, no contínxente de desprazados, figuran representantes unitarios do persoal<sup>26</sup>.

Obsérvase a ausencia de referencia ós dereitos de participación na representación unitaria do persoal, excepción lóxica se consideramos que "*os traballadores desprazados xa se atopan adscritos ós órganos de representación do persoal do país de orixe ... (se se dera) aplicación á normativa en cuestión do lugar de traballo ... se imporíaa ó prestador*

24 Raquel Serrano Olivares, "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador", dentro do libro colectivo, dirixido por María Emilia Casas Baamonde e Salvador del Rey Guanter, "Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales", CES, Madrid, 2002.

25 Raquel Serrano Olivares explora os eventuais problemas de colisión co sistema inglés -sustentado na concepción da folga como liberdade-, en "Condiciones de trabajo ...", obra citada, páxinas 92 e 93.

26 Expón os inconvenientes Raquel Serrano Olivares, "Condiciones de trabajo...", obra citada, páxinas 93 e 94.

*de servicios unba dobre carga contraria á liberdade de prestación de servicios", solución diferente á acadada na xurisprudencia francesa ó decidir "que as sociedades estranxeiras deben de respectar a título de leis de policía as regras relativas á representación do persoal cando aquelas empregan traballadores en Francia, considerando como establecemento a tales efectos, ó grupo de traballadores con intereses comúns que traballan baixo unba dirección unitaria, sempre que exista no lugar de traballo un representante do empresario capaz de canaliza-las reivindicacións dos traballadores, de sorte que pouco importa a existencia ou inexistencia de establecemento ou de estrutura de funcionamento en ese lugar", unha xurisprudencia que, á vista da libre circulación de servicios, é criticada incluso na doutrina francesa<sup>27</sup>.*

#### **IV. A GARANTÍA XUDICIAL DOS DEREITOS SINDICAIS DOS TRABALLADORES ESTRANXEIROS**

Calquera dos traballadores comunitarios ou non comunitarios, mesmo os irregulares -o dereito á tutela xudicial efectiva é un dereito non susceptible de restricción legislativa, e, neste sentido, reconécese no artigo 20 da LOEx/2000-, perante unha vulneración dos seus dereitos sindicais nos termos reconecidos no ordenamento xurídico, pode acudir, se a xurisdicción laboral española é competente -de conformidade co disposto no Convenio de Bruxelas de 27 de setembro de 1968, relativo á competencia xudicial e á execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil, ou, no seu defecto, no artigo 25 da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial-, e éo incluso con relación ós traballadores desprazados no marco dunha prestación de servicios transnacional -de conformidade co disposto no artigo 16 da Lei 45/1999, de 29 de novembro-, ó procedemento correspondente que, no seu caso, será a modalidade procesual especial de tutela da liberdade sindical e demais dereitos fundamentais -dos artigos 175 a 182 da Lei de Procedemento Laboral-.

27 Máis amplamente, véxase Raquel Serrano Olivares, "Condiciones de trabajo...", obra citada, páxinas 94 e 95.